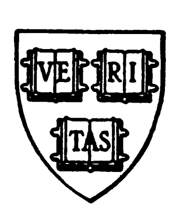
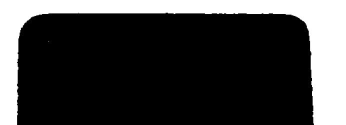
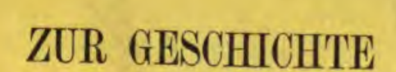

VE
RI
TAS



Germany



ZUR GESCHICHTE

DES

SOLDATENTESTAMENTES.

EINE FESTSCHRIFT

VON

DR. HERMANN FITTING,

ORD. PROF. DER RECHTE UND MITGLIED DES SPRUCHCOLLEGIUMS ZU HALLE,
Z. Z. DECAN DER JURISTISCHEN FACULTÄT.

Ueberreicht vom Verfasser.

HALLE,

VERLAG DER BUCHHANDLUNG DES WAISENHAUSES.

1866.



ZUR GESCHICHTE

DES

SOLDATENTESTAMENTES.

EINE FESTSCHRIFT

VON

Dr. HERMANN FITTING,

ORD. PROF. DER RECHTE UND MITGLIED DES SPRUCHCOLLEGIUMS ZU HALLE,
Z. Z. DECAN DER JURISTISCHEN FACULTÄT.

HALLE,

VERLAG DER BUCHHANDLUNG DES WAISENHAUSES.

1866.

SEINEM HOCHVEREHRTEN COLLEGEN

HERRN CARL WITTE,

DOCTOR DER RECHTE UND DER PHILOSOPHIE, GEHEIMEM JUSTIZRATE UND ORD. PROFESSOR DER RECHTE, ORDINARIUS DES SPRUCHCOLLEGIUMS, MITGLIEDE VIELER ACADEMIEN UND GELEHRTEN GESELLSCHAFTEN, EHRENBÜRGER UND INHABER DES EHRENZEICHENS DER REPUBLIK ST. MARINO, RITTER DES ROTEN ADLERORDENS III. KL. MIT DER SCHLEIFE, DES PÄPSTLICHEN PIUSORDENS, DES K. K. ÖSTERREICHISCHEN FRANZ-JOSEPHS-, DES K. ITALIENISCHEN ST. MAURITIUS- UND ST. LAZARUS- UND DES K. BAYERISCHEN ST. MICHAELS-ORDENS, OFFIZIER DES GROSSHERZ. TOSCANISCHEN CIVILVERDIENSTORDENS, COMMANDEUR DES K. SÄCHSISCHEN ALBRECHTSORDENS, DES SÄCHSISCH-ERNESTINISCHEN HAUS-ORDENS UND DES HERZ. ANHALTISCHEN GESAMMT-HAUSORDENS ALBRECHTS DES BÄREN, INHABER DES STIFTSEHRENZEICHENS DER FÜRSTLICHEN AMALIENSTIFTUNG ZU DESSAU,

AM TAGE SEINES FÜNFZIGJÄHRIGEN JURISTISCHEN DOCTORJUBILÄUMS

XX. AUGUST MDCCCLXVI.

IM NAMEN DER JURISTISCHEN FACULTÄT

ÜBERREICHT

VOM

VERFASSER.

Hochverehrter Herr College!

Sie feiern heute ein Fest, wie es nur wenigen Glücklichen beschieden wird, und was noch seltener ist, Sie feiern es in voller Kraft und Gesundheit und im Besize einer geistigen Frische, um welche sämmtliche übrige Mitglieder der Facultät, obwol die Lebensjahre keines einzigen auch nur an das Alter Ihres juristischen Doctordiploms hinanreichen, mit Recht Sie beneiden dürfen. Muss daher dieser Tag Sie und die Ihrigen mit herzlicher Freude und Dankbarkeit gegen den himmlischen Geber alles guten erfüllen, so nehmen daran Ihre Collegen nicht minder warmen und innigen Anteil. Wir verehren Sie nicht blos als den langjährigen und verdienten Lehrer an hiesiger Hochschule und den umsichtigen Leiter unseres Spruchcollegiums, welcher in dieser Eigenschaft jedes der jüngeren Mitglieder durch mannigfaltigste Anregung, Hülfe und Belehrung zu vielfachstem Danke verpflichtet hat, wir schäzen und bewundern in Ihnen zugleich einen Mann, den ein seltenes Mass von vielseitiger Bildung und Begabung in den Stand gesezt hat, nicht nur als juristischer Schriftsteller seinem Namen einen bleibenden guten und gediegenen Klang zu sichern, sondern auch noch auf andern, dem juristischen an sich sehr fern liegenden Feldern der Literatur rühmlichste Anerkennung und Auszeichnung zu gewinnen, welcher endlich mit all' diesen glänzenden Eigenschaften des Geistes die höchste Liebenswürdigkeit des persönlichen Verkehrs und eben so wohlwollende und freundliche, als milde und humane Gesinnung verbindet. Möge es Ihnen noch lange vergönnt sein, mit gleicher Kraft und Rüstigkeit unter uns zu wirken, und möge der Schaz Ihrer reichen und reifen

Erfahrung, wie bisher, so noch auf lange Jahre hinaus unserer Facultät und den jüngeren Mitgliedern derselben zu gute kommen!

Aber nicht mit blosen Glückwünschen wollte die Facultät an diesem festlichen Tage Ihnen nahen; auch eine kleine Gabe wollte sie bringen, welche, weil von einer wissenschaftlichen Körperschaft an einen Mann der Wissenschaft und eines ihrer Mitglieder gerichtet, nicht wohl von anderer als wissenschaftlicher Natur sein kann. Mir als dem gegenwärtigen Decan ist die Ehre zu Teil geworden, die Facultät auch in dieser Hinsicht Ihnen gegenüber zu vertreten. Nehmen Sie mit Wohlwollen und Nachsicht auf, was ich in so bewegter und dem schriftstellerischen Schaffen wenig günstiger Zeit Ihnen zu bieten vermag!

Indem ich aber erwog, welcher Gegenstand am ehesten zum Träger eines Festgrusses an Sie geschickt sein möchte, fiel die Wal auf ein kleines, bisher kaum beachtetes Stück der juristischen Dogmengeschichte, das mir schon vor Jahren, als mich ein Zufall darauf aufmerksam machte, interessant genug gewesen war, um ihm genauer nachzugehen, und welches ich jezt um so lieber zum Vorwurfe nahm, als dieser Gegenstand nicht nur an und für sich und sowol nach Stoff als Umfang für eine juristische Gelegenheitsschrift sehr geeignet erschien, sondern wegen seiner Verwandtschaft mit den gegenwärtigen Zeitverhältnissen überdem auch noch den Vorzug eines zeitgemässen in Anspruch nehmen durfte, und möglich sogar, dass mit Rücksicht auf die jüngsten kriegerischen Ereignisse seine Behandlung selbst nicht ohne einigen praktischen Nuzen bleibt.

Während in Rom seit der ersten Kaiserzeit alle von Soldaten, gleichviel unter welchen Umständen und an welchem Ort, errichteten Testamente keinerlei äusserer Förmlichkeit bedurften, ist dies bekanntlich von Justinian auf solche Testamente eingeschränkt worden, welche von Soldaten während eines Feldzuges gemacht werden. Noch weiter in der Beschränkung geht das heutige gemeine Recht, indem danach selbst im Feldzuge begriffene Soldaten nur noch während des Gefechtes ohne jede Förmlichkeit testiren können, ausserdem aber zur Gültigkeit ihrer Testamente wenigstens die Zuziehung zweier Zeugen nötig haben.

Diese neueste Gestaltung der Sache wird heutzutage durchgängig auf die Notariatsordnung Maximilian's I. von 1512 zurück-

geführt [1]), weil dort im Titel von Testamenten §. 2 folgendes vorkommt: [2])

„Aber inn Testamenten, so vatter oder můter zwischen jren kindern inn dem fall, do keyn ander jr Testament zuuor gemacht, abgethon würd. Oder von Rittern, die zu feldt, vnd doch nit am streit, weren, do wirt solch anzal der zeugen nach gelassen, biss auff zwen. Aber die Ritter, die inn übung des streits seind, mögen jr Testament machen on alle Solemnitet oder form, vnd wie sie wöllen. Aber die jhenen Ritter, so nit inn solcher übung und streit, noch auch zu feldt ligen, sollen jre Testament nach gemeynen rechten machen."

Und zwar muss man nach der gewöhnlichen Art und Weise der Darstellung den Eindruck erhalten, als habe hier die Notariatsordnung etwas völlig neues, von dem früher geltenden Rechte abweichendes eingeführt. So scheint denn auch das Verhältniss in der That ganz allgemein aufgefasst zu werden; wenigstens geht MÜHLENBRUCH, welcher sich unter den neueren am gründlichsten mit der Lehre befasst hat, bei der Auslegung obiger Stelle des Reichsgesezes gerade so zu Werke, wie wenn dieselbe ganz nackt und selbständig dastünde und im früheren Rechte nirgends einen Anhalt und Vorgang hätte. [3]) Nur ganz beiläufig wird von ihm (S. 48) unter Hinweisung auf HÖPFNER's Commentar § 459 a. E. und Note 2 bemerkt, dass sich der Unterschied zwischen Soldaten, die im Felde, und solchen, die in der Schlacht testiren, auch schon in der Accursischen Glosse finde, deren Urheber ihn also im römischen Rechte anzutreffen geglaubt, und es sei sehr

---

1) So z. B. schon STRYK: Usus modern. XXIX, 1. §. III; LAUTERBACH: Colleg. theor.-pract. XXIX, 1. §. XVIII; SCHILTER: Praxis iur. Rom. in foro German. Exercit. XXXVIII. §. 112; HÖPFNER: Institutionen-Commentar §. 459; HOFACKER: Princ. iur. civ. Rom.-Germ. §. 1375; ferner THIBAUT: System (8. Ausg.) §. 843; WENING-INGENHEIM: Lehrb. (5. Aufl. von FRITZ) §. 481 (Bd. III. S. 306 a. A.); MÜHLENBRUCH: Fortsezung von GLÜCK's Commentar, Bd. 42. S. 47 fg.; GÖSCHEN: Vorles. §. 897; PUCHTA: Pand. §. 466; SINTENIS: Pract. gem. Civilrecht §. 170; MACKELDEY's Lehrb. 14. Ausg. von FRITZ §. 645; KELLER: Pandekten §. 499; ARNDTS: Pand. §. 487.

2) Ich gebe die Stelle nach folgender Ausgabe: Des heyligen Römischen Reichs Ordnungen. Wormbs 1531. S. 83.

3) S. MÜHLENBRUCH a. a. O. S. 47 fg., 67 fg.

wahrscheinlich, dass daraus die Bestimmung der Notariatsordnung hervorgegangen.

Schon diese Bemerkung aber, der man, je weiter man in die ältere Rechtsliteratur zurückging, um so häufiger hätte begegnen können[4]), hätte an der Richtigkeit jener Auffassung einigen Zweifel erregen sollen, und noch gegründeteren Anlass zum Zweifel durfte ein etwas genauerer Blick auf die Notariatsordnung selbst geben, welche doch ganz augenscheinlich und wie namentlich aus dem ersten und Schlussparagraphen erhellt, im Titel von Testamenten nicht neue Bestimmungen treffen, sondern nur die Notarien über das bestehende Recht belehren will. Wirklich lässt sich nun aber auch nichts mit grösserer Sicherheit nachweisen, als dass die Notariatsordnung in Betreff des Soldatentestamentes durchaus nichts neues verordnet, sondern blos aufgenommen und wiedergegeben hat, was seit Jahrhunderten und seit der Glossatorenzeit praktisch geltenden und unbestrittenen Rechtens war. Es soll das hauptsächlichste Ziel meiner kleinen Arbeit sein, diesen Beweis zu führen und zu erbringen.

Dass die in der Notariatsordnung vorkommenden Unterscheidungen und Regeln schon bei den Glossatoren auftreten, ergibt sich, selbst wenn man bei der Accursischen Glossensammlung stehen bleiben will, nicht blos aus der von Mühlenbruch und Höpfner allein angeführten glo. „Hominibus“ ad §. 1 I. de mil. test. 2, 11, sondern auch und namentlich aus glo. „Convocatis“ und glo. „Heredem“ ad L. 24 (Divus) D. eod. 29, 1, sowie aus glo. „Sub ipso tempore“ ad L. 15 C. eod. 6, 21. Ich will davon nur die lezte, als die am vollständigsten und deutlichsten redende hier mitteilen. Sie lautet so:

> „Sub ipso tempore“ (sc. quo in proelio vitae sortem derelinquunt). ita tamen quod hoc legitimis probationibus ostendatur, scilicet duobus testibus, licet non rogatis: ut ff. e. l. Lucius. Cum autem non occupatur tanta necessitate et est in castris, exigitur convocatio et rogatio, ut voluntatem audiant duo testes: ut ff. eo. l. Divus. et Insti. eod. §. II. Si autem sit in domo sua, exigitur solennitas communis: ut Instit. eo. §. I et j̄. eo. l. pe.“

4) Vgl. ausser Höpfner z. B. Pufendorf: Observ. iur. univ. (Vorrede von 1744) Obs. 102, Schilter l. c., Meier: Colleg. Argentor. XXIX, 1. nr. 10 a. E., Carpzov: Iurispr. forens. P. III. Const. IV. Def. 26 u. v. a.

Noch ungleich besseren Beweis freilich liefern die Schriften der Glossatoren selbst, namentlich die Summa Institutionum und Codicis des Placentin († 1192), und die bekannte und vortreffliche Summe des Codex von Azo († 1220). Die hierher gehörigen Stellen dieser Werke, welche zugleich über die Meinung der Glossatoren vollkommenen Aufschluss gewähren, sind folgende:

Placentinus in Summa Instit. Lib. II. tit. XI. de milit. test. (Mogunt. 1537 p. 32):

Tribus modis testatur miles. Constitutus domi iure communi. Constitutus in militia et in valetudine bona et extra necessitatem belli, etiam iure singulari, i. e. *saltem duobus testibus, forte etiam mulieribus, convocatis* testari poterit. Sed in bello lancea forte transfixus *sine ullo teste* iure singularissimo testari poterit, literis rutilantibus sanguine in pulvere vel in mucrone vel in clypeo; verum si postea vertatur in dubium, miles ita scripserit nec ne, *per duos testes, etiam non accitos,* probari debebit.

Placentinus in Summa Codicis. (Mogunt. 1536). Lib. VI. tit. XXII. de test. militis:

Testamentum militis sola et simplici militis voluntate perficitur, ut ff. eod. l. I. §. miles. Sed distinguitur, utrum sint in militia vel in expeditione, an in suis aedibus. Si sunt in sua domo vel alibi, iure communi poterunt testari. Sed et cum in castris agit, militariter duobus modis testatur. Ecce in bona valetudine positus vel communem numerum testium et inter eos patrem poterit adhibere; nec ullorum magis intererit, quam militum, contrarium non admitti; alioquin non difficulter homines existerent post mortem militis, qui affirmarent se audisse dicentem militem sermonibus blandis: „Relinquo huic bona mea", et per hoc iudicia vera subverterentur. Quod ne fiat, *cum incolumis est in castris,* necesse habet testari *convocatis ad hoc hominibus, ergo ad minimum duobus,* ut Insti. eodem. Porro in proelio constitutus lanceaque forte transfixus, adeo ut vitae sortem derelinquat, quomodolibet testatus in pulvere vel in vagina mucronis, vel in margine clypei rutilantibus sanguine literis notisve *et nullo teste convocato* rite dicitur testatus.

Azo in Summa Codicis. VI, 21 de test. mil. nr. 3:

> Habent milites privilegia in testando; sed distinguitur, utrum sint in militia vel in expeditione, an in suis aedibus vel in aliis locis. Si sunt extra expeditionem in sua domo vel alibi, iure communi debent testari: ut j. e. l. pe. et Insti. e. §. I. Si autem sunt in expeditione: si quidem sunt in conflictu belli et in vitae periculo, licet eis testari quomodo possint et quomodo velint; proinde — —. Si autem non sunt [in expeditione aut][5] in conflictu belli vel vitae periculo, *saltem debent adhibere duos testes*, ut voluntatem suam testentur coram eis.

Ganz der nämlichen Darstellung begegnet man aber auch bei fast allen Schriftstellern der folgenden Zeit (eine Abweichung, die aber auch den Hauptpunkt nicht berührt, dass ein miles unter gewissen Umständen zur gültigen Testamentserrichtung zwar nicht der Förmlichkeiten des ius commune, aber doch wenigstens der Zuziehung zweier Zeugen bedürfe, habe ich nur im Speculum des Durantis gefunden, — s. unten!), und es wird zweckmässig sein, bevor ich zu weiteren Betrachtungen übergehe, hiefür eine Anzal von Belegen zu geben. Ich werde mich dabei in der Regel auf blose Bezeichnung der Schriften und Stellen beschränken und nur einzelne Stellen wörtlich einrücken, teils aus Rücksicht auf die Person der Verfasser, teils und hauptsächlich zum augenfälligen Beweise, dass in dieser Lehre wirklich bis zum 16. Jahrhundert herunter eine seltene Einstimmigkeit und Streitlosigkeit bestand. Uebrigens werde ich mir hier, wie schon bei den vorhin mitgeteilten Stellen, die Freiheit nehmen, offenbare Druckfehler, die sich bekanntlich nicht selten und oft von sehr grober Art in den alten Ausgaben finden, stillschweigend und ohne Aufheben zu verbessern.

Etwa gleich alt mit der Accursischen Glosse sind die Vorlesungen des Odofredus († 1265). Da diese Schriften ziemlich selten sind und noch viel seltener eine Beachtung finden, worauf sie denn freilich bei ihrer selbst für die damalige Zeit ganz aussergewöhnlichen Weitschweifigkeit und Geschmacklosigkeit wenig Anspruch haben, so will ich die betreffende Stelle aus den Vorlesungen über den zweiten Teil des Codex,

5) Die eingeklammerten Worte finden sich zwar auch schon in der alten Speierer Ausgabe von 1482, sind aber doch ganz gewiss zu streichen.

worin, wie man sieht, ganz und gar die Lehre der Glossatoren vorgetragen wird, hier folgen lassen: [6])

Odofredus in l. Milites (15) C. de test. mil.:

> Sunt tria tempora. Unum quando sunt domi milites: et tunc testantur iure communi solenniter in praesentia VII testium; alias non valent eorum testamenta: ut inf. eo. l. pen. et Insti. eo. §. I. et ff. eo. l. Divus. Est et aliud tempus, quando sunt in castris in tentoriis: et tunc possunt testari iure militari, i. e. non servata solennitate iuris communis, quae iure communi servatur in testamentis; et valent testamenta eorum etiam, si facta sunt coram duobus vel tribus testibus, et sic loquitur ff. eod. l. Lucius et l. Divus et Insti. eod. §. II.; et valent ista testamenta, si moriantur in expeditione vel intra annum reversi, non postea: ut s̄. eo. l. Ex testamento. Est et aliud (nämlich tempus), sc. belli, in quo est conflictus et in actu confligendi: et tunc valent testamenta eorum, si scribunt in clipeo vel in vagina vel in pulvere de sanguine rutilanti cum gladio vel digito: ut in hac l. ibi, ubi dicit „si quid in vagina". dumtamen, quod miles sic scripserit in clipeo vel in vagina vel in pulvere campi, probetur per duos testes ad minus, puta per scutiferos duos, qui secuti erant eum, et sic intelligitur ff. eo. l. Lucius. sed non oportet, quod illi testes, per quos haec probantur, sint rogati a milite, ut videant eum scribere, sicut quando adhibentur in testamenta pagani. Nam si non probaretur, eum sic scripsisse, non posset peti hereditas vel legatum ex ea scriptura, quia non deficeret ius, sed probatio iuris: ut ff. de test. tu. l. Duo sunt Titii. Vel potest dici, quod illa scriptura probatur eo ipso, quod literae inveniuntur scriptae in clipeo suo vel in vagina vel in pulvere campi: ut hic.

Etwas abweichend scheint, wie schon angedeutet, die Ansicht, von der das gegen Ende des 13. Jahrhunderts verfasste berühmte Speculum iudiciale des Wilhelm Durantis († 1296) ausgeht, indem es dort heisst:

---

6) Ich habe die gleich vielen andern Schäzen der mittelalterlichen juristischen Literatur auf der Basler Universitätsbibliothek vorhandene Ausgabe: Odofredi in secundam Codicis partem Praelectiones (quae Lecturae appellantur). Lugd. 1549. (Fol. 38. col. IV.) benuzt.



Speculum iudiciale. Lib. II. tit. De instrumentorum editione nr. 10. (Basil. 1574 p. 679):

Milites enim, *dum sunt in castris seu in expeditione, testari valent prout volunt*, etiam sine duobus testibus, scribendo etiam sanguine proprio in clypeo vel alibi propriam voluntatem; sed *quando stant in propria vel aliena domo, testari debent iure communi; quando vero sunt in exercitu, non tamen in bello, testari possunt cum duobus testibus.*

Hier scheint also nicht, wie bei den Glossatoren, zunächst unterschieden zu werden, ob sich ein miles in expeditione befindet oder nicht, sondern vielmehr, ob er sich überhaupt beim Heere, d. h. in activem Dienste, befindet oder nicht, einerlei, ob im Frieden oder Kriege. Jeder beim Heere befindliche miles soll mit Zuziehung zweier Zeugen testiren können; im Kriege und während des Feldzuges (in bello, in castris, in expeditione, was alles als gleichbedeutend gebraucht zu sein scheint), wenn auch vielleicht nicht gerade während des Gefechtes, soll dagegen auch dieses Erforderniss wegfallen und das Testament ganz und gar keiner Förmlichkeit bedürfen. Man scheint indessen die Darstellung des Durantis nicht in diesem Sinne aufgefasst, sondern stets als übereinkommend mit der Meinung der Glossatoren verstanden zu haben, indem man annahm, der Speculator habe nicht „in bello", sondern „in exercitu" als gleichbedeutend mit „in castris seu in expeditione" gedacht, und der dritte Saz „quando vero" u. s. w. habe mithin nicht die Bestimmung, einen ganz neuen, selbständigen, auf gleicher Linie neben den beiden vorher genannten stehenden Fall zu regeln, sondern nur, in einer damals gar nicht ungewöhnlichen Weise, dem ersten etwas zu allgemeinen Saze nachträglich eine Beschränkung zuzufügen. Wenigstens würde sich ausserdem kaum erklären lassen, dass das Speculum troz des allgemeinen Gebrauches und ganz ausserordentlichen Ansehens, dessen es sich in der Folgezeit zu erfreuen hatte, mit seiner Darstellung, so weit ich sehe, völlig vereinzelt dasteht. (Ich habe dabei, wie kaum der Bemerkung bedarf, nur die Zeit bis zur Notariatsordnung im Auge; bei neueren Schriftstellern finden sich allerdings ähnliche Unterscheidungen, wie im Speculum.) Möglich sogar, wenn auch für mich nicht gerade wahrscheinlich, dass mit jener Auslegung wirklich die wahre Ansicht des Durantis getroffen war, und

dass dieser in der That nicht daran dachte, sich von der Lehre seiner Vorgänger zu entfernen, wiewol ihm dann der Tadel einer ziemlich ungeschickten und sehr dem Missverständniss ausgesezten Fassung nicht erspart werden kann. Jedenfalls aber ist so viel sicher, dass bei allen anderen Schriftstellern der Commentatorenzeit, welche ich verglichen habe,[7] wieder ganz die Darstellung der Glossatoren erscheint. Ich nenne folgende:

Bartolus ad L. Milites (15) C. de test. mil. 6, 21:

> Milites in expeditione degentes possunt facere testamenta, quomodo voluerint, nulla iuris solennitate servata. h. d. Opp. et videtur, quod saltem duo testes requiruntur: ut l. Lucius ff. eo. Sol. Fateor, quod duo testes requiruntur, qui probent istam voluntatem, non tamen requiritur, quod fuerint rogati; et hoc, *quando testamentum est factum in limine proelii*, ut hic videtis. Si vero testamentum fieret *in militia, non tanta necessitate rei coarctante*, requiruntur *duo testes rogati:* ut l. Divus ff. eo. Si vero fieret domi, requireretur observantia iuris communis, ut Insti. eo. §. I. et s̄. eo. l. Ex his.

Baldus († 1400) ad L. Divus (24) D. de test. mil. 29, 1:

> Si miles facit testamentum existens in actu militiae, non valet, nisi sint duo testes rogati.

Angelus de Ubaldis († 1400) ibid.:

> Testamentum militis militantis, non tamen existentis in proelio non tenet, nisi duo testes rogati intervenerint. h. d.

Salicetus († 1402) ad L. Milites (15) C. de test. mil. 6, 21.

Ioannes de Platea (schrieb nach Salicet, vor Angelus Aretinus). Super Institutiones[8]) Lib. II. tit. de mil. test. nr. 8.

Bartholomaeus a Novaria[9]) ad Inst. de milit. test. in pr.

---

7) Soweit sie sich überhaupt über die Frage äussern. Mehrere von mir nachgesehene Werke, wie z. B. die von mir vor den meisten andern Schriften der Postglossatorenzeit vorzugsweise gern benuzte Lectura des Cinus über den Codex, bieten in Betreff derselben nichts.

8) Lugduni apud Nicol. de Benedictis. 1507. (In der Basler Bibliothek.)

9) Schüler des nach 1380 gestorbenen Johannes Faber, also ohne Zweifel etwa gleichzeitig mit den vorher genannten. Sein Institutionencommentar wird übrigens gewöhnlich dem Bartolus zugeschrieben. S. Savigny: Gesch. des röm. R. im Mittelalter. (2. Ausg.) VI. S. 169 fg.

Paulus de Castro († 1437) ad L. Si a fratre suo (14) C. de test. mil. 6, 21. nr. 1.

> Ex testamento militis etiam non solum debetur hereditas, si factum est in expeditione, i. e. cum stat in castris et actu militari. h. d. cum l. seq. Quae ponit duos casus. Primo, quando erat in expeditione, non tamen in actu bellandi, et tunc requiruntur saltem duo testes ad probandum, non autem ad solennitatem, et *debent esse rogati.* Alius casus est, quando in actu bellandi, et tunc non requiritur, quod sint rogati, debent tamen esse duo, alias non esset sufficiens probatio.

Paulus de Castro in L. Qui testamento (20). §. Per contrarium (2). D. de test. 28, 1. nr. 1.

Angelus Aretinus († 1445) in §. ult. I. de test. ord. 2, 10. nr. 2. Vgl. Angel. in §. Plane (1). I. de mil. test. 2, 11. nr. 2.

Iason († 1519) in L. Milites (15). C. de test. mil. 6, 21. nr. 1 spricht sich nicht ganz klar aus; man darf aber kaum zweifeln, dass er die Meinung der Glossatoren vortragen will, wenn er sagt:

> In testamentis militum, praesertim quando fiunt in discrimine belli, sunt remissae omnes solennitates iuris civilis; tamen habent locum solennitates iuris gentium, et ideo, cum de iure gentium in ore duorum vel trium consistat omne verbum, requiruntur saltem duo vel tres testes.

Endlich sei noch ein Schriftsteller aus dem Ende des 15. oder Anfange des 16. Jahrhunderts genannt, dessen Name völlig vergessen und verschollen zu sein scheint[10]), dessen sogleich zu erwähnendes, jedenfalls sehr seltenes Buch aber um deswillen einigermassen merkwürdig ist, weil die Mängel, welche gemeinhin allen Commentatoren beigemessen werden, endlose Weitschweifigkeit namentlich und Nichtbeachtung der Quellen, sich darin im allerhöchsten Masse finden. Ich meine

10) Ich finde ihn weder bei Savigny, noch auch in Martin's oder Hugo's juristischer Literärgeschichte.

Marcus Antonius Bauerius super Institutionibus.[11]) Tit. de test. mil. §. Plane. nr. 12, wo übrigens gleichfalls ganz die Lehre der Glossatoren vorgetragen wird.

Man sieht, dass die Unterscheidung der Fälle, ob ein in expeditione begriffener miles während des Gefechtes oder ausserhalb des Gefechtes testirt, mit der Folge, dass es im ersten Fall gar keiner Förmlichkeit, im zweiten wenigstens der Zuziehung zweier Zeugen bedürfe, schon aus dem Corpus iuris hergeleitet wurde. Und zwar lag dabei folgende Beweisführung zu Grunde. Aus L. Milites (15) C. de test. mil. 6, 21 und L. Lucius (40) D. eod. 29, 1 ergebe sich, dass der während des Gefechtes und namentlich in unmittelbarer Lebensgefahr testirende miles gar keine Förmlichkeit zu beobachten brauche und z. B. in der Weise gültig testiren könne, dass er seinen lezten Willen mit seinem Blute auf die Scheide seines Schwertes oder seinen Schild, oder auch mit seinem Schwert in den Staub oder Sand schreibe. Nur müsse freilich bewiesen werden können, dass diese Schrift auch wirklich von dem angeblichen Testator herrühre, und dieser Beweis sei nach L. 40 cit. verb.: „ut hoc ita subsecutum esse *legitimis probationibus* ostendatur" ganz auf die gewöhnliche, regelmässige Weise zu führen, erfordere also die Aussage von mindestens zwei Zeugen. Dagegen erhelle aus L. Divus (24) D. de test. mil. 29, 1 und dem damit gleichlautenden §. Plane (1) I. eod. 2, 11 vgl. mit princ. I. eod., dass selbst ein in expeditione befindlicher miles unter Umständen nur „convocatis ad hoc hominibus", also (wie aus dem Pluralis und dem Ausdrucke „*con*vocatis" folge) nur unter Zuziehung von mindestens zweien, eigens berufenen Zeugen ein gültiges Testament machen könne, und dies sei daher auf Testamente, die nicht während des Gefechtes (im Lager oder Quartier oder sonst) errichtet werden sollen, zu beziehen.

Der innere Gedankengang aber, worauf man diese Unterscheidung stüzte und von dem man überhaupt in der ganzen Lehre ausging, war

11) Lugduni apud Vincent. de Portonariis. 1523. Das Werk findet sich ebenfalls in der Basler Bibliothek.

dieser: Wenn ein nicht in expeditione begriffener miles testire, so sei er in der Lage, sich an Rechtskundige zu wenden, und man könne daher von ihm so gut, wie von andern, begehren, dass er alle Vorschriften des ius commune befolge. Von dem in expeditione befindlichen miles dagegen sei das billigerweise nicht mehr zu verlangen, und dieser dürfe daher nach ius militare, d. h. ohne eigentliche Förmlichkeiten testiren. Aber freilich, wie das auch von dem Kaiser TRAIAN in L. 24 D. h. t. und §. 1 I. eod. ausgesprochen sei, dürfe man deswegen noch nicht jede beliebige und gesprächsweise Aeusserung eines miles ohne weiteres auch als ein Testament betrachten, und es liege im eigensten Interesse der milites selbst, dass dies nicht geschehe; vielmehr müsse immer vor allen Dingen festgestellt sein, dass der miles auch wirklich habe testiren wollen. Dies lasse sich nun aber in gewöhnlichen Verhältnissen nicht anders feststellen und beweisen, als so, dass der miles seinen lezten Willen vor mindestens zwei eigens dazu berufenen Zeugen erkläre. Diese Zeugen seien übrigens, obgleich sie berufen und rogirt werden müssten, durchaus keine eigentlichen Solennitätszeugen, denn eigentliche Solennitäten brauche ein miles in expeditione überhaupt nicht zu beobachten, sondern ihre Zuziehung und Rogation solle eben nur als das einzige sichere Mittel dienen, die Ernstlichkeit des Willens ausser Zweifel zu sezen und deren Beweis hinreichend zu sichern. Nebenbei werde dadurch auch noch beim mündlichen Testamente der Beweis des Inhaltes des lezten Willens, beim schriftlichen der Beweis des Umstandes, dass der miles die Urkunde als sein Testament gemeint und anerkannt habe, sicher gestellt. Daher müssten diese Zeugen auch gar nicht die Eigenschaften fähiger Solennitäts- und Testamentszeugen besizen, sondern es genüge, wenn sie die Eigenschaften unverwerflicher Beweiszeugen hätten, und es seien also z. B. und namentlich auch Frauenspersonen nicht auszuschliessen.[12])

---

12) Vgl. die oben (S. 9) mitgeteilte Stelle aus PLACENTINI Summa Instit. und PAUL. DE CASTRO in L. Qui testamento (20). §. Per contrarium (2). D. de test. 28, 1. nr. 1 in fine verb.: „unde dic, quod, sicut dispensatur in numero testium, quia sufficiunt duo, et ita in qualitatibus, quia admittuntur illi, qui alias repellerentur.“ S. auch die oben (S. 14) abgedruckte Stelle von PAULUS DE CASTRO ad L. 14 C. de test. mil. nr. 1 verb.: „requiruntur saltem duo testes *ad probandum, non autem ad solennitatem, et debent esse rogati.*“

Anders verhalte es sich, wenn ein miles im Gefechte und vielleicht in unmittelbarer Lebensgefahr testire. Hier werde er regelmässig gar nicht in der Lage sein, zwei Zeugen eigens zu berufen, und hier müsse man daher notgedrungen von diesem Erfordernisse absehen. Dazu komme, dass, wenn ein miles unter solchen Umständen eine ihrem Inhalte nach als leztwillige Verfügung sich darstellende mündliche oder schriftliche Erklärung abgebe, an der Ernstlichkeit dieser Erklärung ohnehin kein Zweifel bestehen könne, und es genüge daher, wenn nur Dasein und Inhalt der Erklärung selbst nach den gewöhnlichen Regeln, also durch mindestens zwei, wenn auch nicht besonders berufene Zeugen, ausreichend bewiesen werde.

Es bedarf heutzutage kaum der Bemerkung, dass sowol dieser Gedankengang, als auch die damit zusammenhängenden Folgerungen und Unterscheidungen, abgesehen von derjenigen des in expeditione oder nicht in expeditione testirenden miles, dem römischen Rechte fremd sind. Insbesondere lehrt ein unbefangener Blick auf L. 24 D. h. t. und §. 1 I. eod. zur Genüge, dass, wie schon HARPPRECHT in §. 1 I. de mil. test. nr. 6 sqq. sagt, die Worte „convocatis ad hoc hominibus“ dort nicht dispositive, sondern nur narrative gemeint sind. Demungeachtet lässt sich nicht verkennen, dass von einem allgemeinen Standpunkt aus jene Schlussfolgerung und Unterscheidung sehr vieles für sich hat, und wir dürfen uns daher nicht wundern, dass die Glossatoren darauf verfielen, und dass man Jahrhunderte lang unverrückt und unbeirrt daran festhielt, bis die historische Richtung und das quellenmässigere Studium der französischen Juristen des 16. Jahrhunderts ihre Unhaltbarkeit gegenüber den Quellen unzweifelhaft aufdeckte.[13]) Möglich sogar, dass

13) Es würde eine interessante und in mancher Hinsicht lohnende Aufgabe sein, auch dieses genauer zu verfolgen, zumal sich schon an diesem Beispiel auf das augenscheinlichste beweisen liesse, dass damals, wie in neuerer Zeit wieder, gerade die historische Schule und Richtung es war, welche, weil sie an sich richtige Grundsäze einseitig anwandte und dem seit dem 12. Jahrhundert verlaufenen Abschnitte der Geschichte des Rechtes gleichsam gar nicht die Berechtigung des Daseins zuschrieb, am allermeisten und weit mehr, als die s. g. unhistorische Schule, mit der geschichtlichen Continuität der Rechtsentwickelung gebrochen und, indem sie die Ansichten der mittelalterlichen Juristen, die doch meistenteils seit Jahrhunderten das im Leben wirklich geltende Recht gewesen waren, insoweit sie mit dem richtigen und ursprünglichen Sinne des Corpus iuris nicht übereinstimmten, für blose Missverständnisse und Irrtümer und die darauf gestüzte Praxis für

die Glossatoren dabei mit vollem Bewusstsein handelten; denn es möchte sich auch sonst noch, und z. B. schon dadurch, dass viele Novellen nicht glossirt und somit von der praktischen Anwendung ausgeschlossen worden sind, beweisen lassen, dass die tendentiöse Auslegung des geschriebenen Rechtes, welche Jhering (Geist des röm. Rechtes §. 44) als eine Eigentümlichkeit der alten römischen Juristen bezeichnet und rühmt, den Glossatoren und ihren Nachfolgern keineswegs fremd war.

Vielleicht ist in der bisherigen Darstellung noch zweierlei aufgefallen: erstens, dass ich niemals das Wort „Soldat", sondern stets das lateinische „miles" gebraucht habe, zweitens, dass in den oben mitgeteilten Stellen als gleichbedeutend mit „miles in expeditione occupatus" die Ausdrücke „miles in militia constitutus" oder „existens in actu militiae" oder „miles militans" u. dgl. vorkommen, und dass anderseits als Gegensaz dieser Ausdrücke durchweg „miles in domo sua" oder „in aedibus suis" oder „miles domi constitutus", „miles, qui stat in propria vel aliena domo" u. dgl. auftritt. Beides erklärt sich aus dem gleichen Grunde, nämlich daraus, dass die mittelalterlichen Juristen, dem Sprachgebrauche ihrer Zeit folgend,[14]) unter milites nicht die Soldaten und Kriegsleute überhaupt, sondern lediglich die Ritter verstanden, und daher auch die von milites redenden Stellen des Corpus iuris blos auf die Ritter bezogen, was denn ein merkwürdiges Licht wirft auf die naive und alles geschichtlichen Sinnes gänzlich baare Art und Weise, wie damals das Corpus iuris behandelt und ausgelegt wurde. Hienach wird nun leicht begreiflich, wie es kommt,

---

eine unberechtigte erklärte, nur zu häufig das lebendige Recht zu Gunsten eines längst erstorbenen beeinträchtigt und verdrängt hat. Leider bin ich zu einer solchen weitergehenden Untersuchung gegenwärtig nicht in der Lage.

14) Vgl. Du Cange: Glossarium mediae et infimae latinitatis s. v. Miles: „Miles apud scriptores inferioris aetatis is potissimum dicitur, qui militari cingulo accinctus est, quem vulgo *Chevalier* appellamus". Zum weiteren Belege des im Text ausgesprochenen Sazes kann auch noch der Umstand dienen, dass noch bis tief in das 17. Jahrh. herein gestritten wurde, ob die Soldaten der damaligen Zeit oder blos die Milites im engeren Sinne, d. h. die s. g. Equites aurati, auf die im Corpus iuris den milites verliehenen Privilegien einen Anspruch hätten. S. z. B. Gaill: Pract. observ. (Vorrede von 1586). Lib. II. Obs. 118. nr. 1, 2; Carpzov: Iurispr. forens. P. III. Const. IV. def. 26. nr. 4, Rebhan: Paralipomena Meieriana (Argentor. 1672). Decas V. Qu. 1, Stryk: Us. modern. XXIX, 1. §. I, II. Vgl. auch Christinaeus: Pract. quaest. (Antverp. 1671). Ad Cod. VI, 21. nr. 5.

dass bei diesen mittelalterlichen Schriftstellern als Gegensaz der milites in expeditione nicht, wie bei den Juristen des 17. und 18. Jahrhunderts, die milites in hibernis und milites limitanei, praesidiarii et stationarii genannt werden, sondern die milites, die sich zu Hause, in ihrer oder einer fremden Wohnung befinden. Denn die Ritter, sofern sie nicht zum activen Dienste aufgeboten waren, hielten sich nicht in bestimmten Standquartieren und Garnisonen, sondern in ihren Schlössern und Burgen auf. Und nunmehr zeigt sich auch, dass die oben berührte Meinungsverschiedenheit des Speculum von den übrigen Schriftstellern, wenn man überhaupt eine solche annehmen will, in der That so gross nicht war. Denn in Betreff des Falles, wo der miles nach ius commune testiren muss, kam der Speculator mit den andern völlig überein; er wich nur darin von ihnen ab, dass er dem miles die Testamentserrichtung ohne besondere Zuziehung und Rogation von Zeugen nicht blos während des Gefechtes, sondern überhaupt während der ganzen Dauer des Krieges und eigentlichen Feldzuges gestatten wollte. (Als Gegensaz mag man sich etwa den Fall denken, wenn ein Heer nur erst zur Vorbereitung eines noch nicht erklärten und eröffneten Krieges zusammengezogen war oder den Kaiser als Gefolge auf einem Römerzuge begleitete, wobei es freilich ohne Kämpfe und Schlachten selten abging.)

Man wird jezt wol keine weiteren Beweise mehr dafür erfordern, dass wirklich und in allen Stücken die Notariatsordnung hinsichtlich des Soldatentestamentes nichts neues bestimmt, sondern nur zur Belehrung der Notarien das damals und schon seit Jahrhunderten praktisch geltende Recht wiedergegeben hat. Dies wird aber vollends über jeden Zweifel erhoben durch die Wahrnehmung, dass die in der nächsten Zeit nach der Notariatsordnung schreibenden deutschen Juristen zwar die in derselben enthaltenen Säze lehren, sich aber dafür nicht auf dieses Reichsgesez, sondern gleich den früheren lediglich auf das Corpus iuris, die Glosse und ältere Schriftsteller beziehen. Ja noch mehr! Die Notariatsordnung wird sogar geraume Zeit hindurch in dieser Lehre von den Schriftstellern gar nicht erwähnt, was besser als alles andere beweist, dass man an eine dadurch beabsichtigte oder her-

beigeführte Rechtsänderung gar nicht dachte, sondern sich vollkommen bewusst war, die Notariatsordnung habe die Notarien blos über das bestehende Recht belehren, in keiner Weise aber irgend etwas neues in Betreff des Soldatentestamentes oder irgend eines andern Testamentes verordnen wollen.[15])

Zum Belege werden folgende Anführungen genügen:

MELCHIOR KLING. Enarrationes in Instit. Lib. II. tit. 10 de test. ord. (Francof. 1542 p. 53 sq.):

> Testamentum militare est, quod miles facit. Et fit bifariam. Aut enim domi extra militiam sive expeditionem, et tenetur testari secundum dispositionem iuris, adhibitis solemnitatibus. Aut testatur in militia sive expeditione. Et subdistingue. Aut in conflictu hostiumque congressu, et sic in extremo vitae periculo testatur, et nullae solemnitates requiruntur, — — modo probetur duobus testibus, etiam casu fortasse advenientibus: l. Lucius cum gloss. D. de test. mil. Aut testatur in militia, non autem in tanta necessitate et hostium conflictu, ut si valetudinarius esset, et iterum *non requiritur solemnitas,* sed valet testamentum, utcunque fiat, *modo duos testes ad hoc roget, quibus probetur.* Nec enim satis esset, testes non rogatos casu accedere, cum habeat spatium rogandi testes, quae ratio cessat in superiore casu: l. Divus cum glo. in verbo „convocatis" D. de mil. test.

JOHANNES SICHARD († 1552) in rubr. Cod. de test. mil. 6, 21 nr. 6. trägt dieselben Säze vor, schliesst sich aber hinsichtlich der Begründung mehr an die schon bei IASON (s. oben S. 14.) auftretende Ansicht an, indem er sagt: Wenn ein miles in proelio testire, so bedürfe es gar keiner Solennität, wenn aber „simpliciter in castris, non tam propinquus morti", dann sei er zwar von den solennitates iuris civilis, nicht aber von den solennitates iuris gentium befreit, indem er mit Zuziehung zweier Zeugen testiren müsse.

15) Ich zweifle keinen Augenblick, dass sich auch das in der Not.-O. erwähnte Erforderniss zweier Zeugen bei dem testamentum parentum inter liberos in derselben einfachen Weise erklären und auf das damals im Anschlusse an die Meinungen der Glossatoren und Commentatoren praktisch schon geltende Recht zurückführen lässt, wiewol ich nicht in der Lage gewesen bin, dies weiter zu verfolgen.

Sichard beruft sich dafür auf L. Divus D. de test. mil. und auf die Glosse. Die Notariatsordnung wird von ihm so wenig, wie von Kling, auch nur genannt.

Ferrarius Montanus. Adnotationes in Institut. (Lugd. 1534. Epist. dedicat. von Marburg 1532.) Lib. II. tit. 11 de mil. test. schliesst sich ebenfalls der Darstellung der Glosse an unter Berufung nicht auf die Notariatsordnung, sondern auf L. 1, L. Divus, ferner L. Lucius D. de test. mil. und L. Milites C. eod. Ebenso:

Johannes Schneidewinus († 1568) in Comment. ad Instit. Lib. II. tit. 11 de mil. test. nr. 14.

Und eine Bezugnahme auf die Notariatsordnung vermisst man selbst noch bei

Gaill. Pract. observ. (Colon. Agripp. 1592. Vorrede 1586.) Lib. II. obs. 118.

Eine besondere Stellung unter den damaligen deutschen Juristen nimmt ein

Matth. Wesenbeccius († 1586) in §. 2. I. de test. mil. 2, 11 verb. „Convocatis“,

indem er eine rogatio testium beim iure militari errichteten Testamente überhaupt nicht für nötig hält und nur beim testamentum nuncupativum die Zuziehung von einigen Zeugen verlangt, damit man sehe, dass der Act ernstlich gemeint sei. Aber gerade, dass eine solche Lehre nach der Notariatsordnung noch möglich war, die übrigens auch bei Wesenbeck gar nicht erwähnt wird, beweist recht schlagend und sattsam, wie weit entfernt man davon war, bezüglich der Erfordernisse von Soldatentestamenten diesem Reichsgeseze eine rechtsbegründende Absicht und selbständig massgebende Bedeutung beizumessen.

Erst seit Anfang des 17. Jahrhunderts, soweit ich sehe, kommen überhaupt Berufungen auf dasselbe vor, und zwar zunächst in der Weise, dass man, ohne Zweifel in Folge der Ausführungen der französischen und niederländischen Juristen, zugab, die Notwendigkeit der Zuziehung zweier rogirter Zeugen bei Testamenten, welche von milites zwar in expeditione, aber nicht während des Gefechtes gemacht würden, lasse sich aus L. Divus (24) D. de test. mil. nicht herleiten, indem die Worte „convocatis ad hoc hominibus“ dort nur narrative und nicht dispositive gemeint seien, aber beifügte, diese an sich irrige Meinung

sei gleichwol für Deutschland gesezeskräftig geworden wegen ihrer Aufnahme und Billigung in der Notariatsordnung.

Der erste, welcher diesen glücklichen Ausweg zur Rettung und Rechtfertigung der einmal bestehenden Praxis fand und einschlug, scheint nach Anführungen bei HARPPRECHT (s. unten!) und anderen (MEIER, CARPZOV etc.) gewesen zu sein der (von mir selbst nicht verglichene)

HENR. BOCERUS († 1630). De bello. Lib. I. cap. 24. nr. 12 sqq.

In dieselbe Reihe sind zu stellen:

JOH. HARPPRECHT in §. 1. I. de mil. test. (1630) nr. 6 sqq.

CARPZOV († 1666) in Iurispr. forens. P. III. const. IV. def. 26. nr. 9 und 10.

Andere freilich gehen gerade umgekehrt von der Ansicht aus, dass die in der Notariatsordnung gemachten Unterscheidungen schon nach dem Corpus iuris richtig seien, und beziehen sich auf das Reichsgesez, um ihrer Meinung auch noch eine äussere Stüze zu verleihen und sie jedenfalls für die Praxis als massgebend hinzustellen. Hierhin gehören z. B.

JUSTUS MEIER in Colleg. Argentor. (1617) XXIX, 1 nr. 10.

JOH. BRUNNEMANN († 1672) ad L. 15 C. de test. mil. 6, 21 nr. 3 sqq.

Nach und nach tritt dann aber die Berufung auf die Notariatsordnung immer mehr in den Vordergrund, bis diese zulezt ganz allgemein als ein Gesez angesehen wird, welches über die Erfordernisse der Soldatentestamente ganz neue, das frühere Recht erheblich abändernde Bestimmungen getroffen habe. Nur selten und immer seltener und schwächer taucht daneben noch eine Erinnerung auf, dass es bereits vor der Notariatsordnung eine Meinung gegeben habe, welche deren Bestimmungen schon im Corpus iuris zu finden geglaubt, bis endlich auch selbst diese Erinnerung, der lezte Rest der Entstehungsgeschichte jener Bestimmungen, gänzlich und spurlos verschwunden, damit für das Verständniss und die Auslegung derselben jeder feste Boden verloren, hiefür aber als wenig erfreulicher Gewinn einer Flut von Streitfragen Thür und Thor geöffnet ist. Belege für diesen Zustand sind teils nicht erforderlich, teils schon früher (in Anm. 1) beigebracht worden.

Es ist so eben schon angedeutet worden, dass das gewonnene Ergebniss für die richtige Auslegung und Anwendung der Bestimmungen der Notariatsordnung nicht ohne Bedeutung sei, und dieser Umstand mag denn vielleicht gegenwärtiger, zunächst nur des rein wissenschaftlichen Interesses wegen angestellter Untersuchung auch noch einen gewissen praktischen Wert und Nuzen verleihen. Wenn nämlich die Notariatsordnung gar nichts neues einführen und festsezen, sondern nur die Notarien über das bestehende Recht belehren wollte, so folgt von selbst, dass das, was sie vom Soldatentestamente sagt, auch nur mit Rücksicht auf das damals praktisch geltende Recht, d. h. im Sinne der damals ganz allgemeinen und feststehenden Lehre verstanden werden darf. Denn es braucht keiner Ausführung, dass eine Auslegung nach irgend welchen anderweiten Rücksichten der Notariatsordnung einen ihr völlig fremden, durchaus willkürlichen Sinn unterschieben würde.

Geht man aber bei der Auslegung des Reichsgesezes von diesem allein richtigen Standpunkte aus, so kann man zwar so wenig wie Mühlenbruch (Fortsezung von Glück's Commentar XLII. S. 47) bezweifeln, dass darin unter „Rittern" milites zu verstehen seien, und dass die Notariatsordnung nur das leztere Wort habe übersezen wollen, allein es ist willkürlich und verwerflich, daraus nun ohne weiteres mit Mühlenbruch zu schliessen, dass folglich die Bestimmungen der Notariatsordnung auf sämmtliche Soldaten zu beziehen und anzuwenden seien. Ein solcher Schluss steht genau auf derselben Linie und ist um nichts minder naiv und unhistorisch, wie das Verfahren der Glossatoren, wenn diese die Bestimmungen des Corpus iuris über milites ohne Kritik und Prüfung nur von den milites im damaligen Sinne, d. h. den Rittern verstanden. Denn es wird dabei offenbar vorausgesezt, dass die Notariatsordnung dem Worte milites die nämliche Bedeutung beigelegt habe, welche die Römer und welche wir heutzutage wieder zufolge der Wiederbelebung der philologischen und geschichtlichen Studien mit demselben verknüpfen. Dies war aber ganz entschieden nicht der Fall. Die Notariatsordnung, indem sie den Ausdruck „milites" mit „Rittern" verdeutschte, dachte auch wirklich blos an Ritter und konnte nur an solche denken, da das militärische Testamentsprivileg, wie auch die sonstigen Privilegien, welche das Corpus iuris den milites gewährt, von jeher und seit der ersten Wiederaufnahme der juristischen Studien durch

die Glossatoren stets nur auf die milites im mittelalterlichen Verstande, d. h. eben auf die Ritter, bezogen und beschränkt worden war.

Eben so willkürlich ist es nun freilich auf der andern Seite, wenn Madihn [16]) zwar zugibt, dass die Notariatsordnung blos von eigentlichen Rittern spreche, hieran aber die Folgerung knüpft, dass für die zum stehenden Heere gehörigen Soldaten das Justinianische Recht ungeändert geblieben sei. Denn ich wiederhole es, und durch die beigebrachten Belege wird dies völlig ausser Zweifel gesezt: die militärischen Testamentsprivilegien sind im Mittelalter immer nur auf die Ritter, niemals auf jedwedes Kriegsvolk angewendet worden, obschon auch damals die Heere, namentlich die Fusstruppen, keineswegs blos und allein aus Rittern bestanden. In Bezug auf gewöhnliche Kriegsleute waren sie also bei Erlassung der Notariatsordnung längst durch die vollständigste desuetudo verdrängt oder vielmehr richtiger im modernen Europa überhaupt niemals in Uebung gekommen, und sie dürften daher auf die heutigen Soldaten überhaupt gar nicht angewendet werden, wenn nicht seit der Notariatsordnung wieder eine neue geschichtliche Entwickelung stattgefunden hätte, welche nachher noch mit einigen Worten berührt werden soll. [17])

Sodann ist ferner falsch und dem wahren Sinne, wie aber freilich auch schon dem Wortlaute der Notariatsordnung zuwider, wenn Mühlenbruch S. 48 zu lehren scheint (denn im Hinblick auf S. 47 a. E. ist vielleicht nur ein Versehen anzunehmen), dass nicht nur der in der Schlacht, sondern auch der während des Krieges im Feldlager befindliche Soldat ohne Beiziehung von Zeugen testiren könne. Abgesehen von dem Speculum, welches, wie wir gesehen haben, auf einem ähnlichen Standpunkte zu stehen scheint, war von den Glossatoren her

16) in der Abhandlung: Soldaten haben auch in Friedenszeiten die innere Testamentsform zu beobachten nicht nöthig. Frkf. a. d. O. 1789. S. 21. Diese Schrift ist mir übrigens selbst nicht zugänglich gewesen, vielmehr kann ich mich nur auf Citate bei Mühlenbruch a. a. O. und bei Haenel: De testamento militari Diss. I. (Lips. 1815) p. 28 beziehen.

17) Ganz unerwähnt würde ich die bei Mühlenbruch S. 47. Note 27 berührte seltsame Ansicht von Rosshirt lassen, dass nur das Recht der Officiere durch die Not.-O. eingeschränkt sei, wenn nicht ein für die Praxis so einflussreiches Buch, wie Holzschuher's Theorie und Casuistik (3. Aufl.) Bd. II. S. 748. Note * diese Annahme als eine solche, welche viel Wahrscheinlichkeit für sich habe, bezeichnete.

stets ganz einstimmig die Möglichkeit, ohne Zuziehung von Zeugen zu testiren, auf die Zeit des eigentlichen Gefechtes und Kampfes beschränkt worden, und wir hätten daher schon deshalb anzunehmen, dass die Notariatsordnung von derselben Meinung ausgehe, selbst wenn es darin nicht ausdrücklich hiesse: „die Ritter, die in Uebung des Streits sind, mögen ihre Testamente machen ohne alle Solemnität oder Form, und wie sie wollen." Soweit ich sehe, ist denn auch, mit Ausnahme von MÜHLENBRUCH, von keinem der Schriftsteller, welche nach der Notariatsordnung geschrieben haben, jemals bezweifelt worden, dass dies, gleichviel ob dem römischen Recht entsprechend oder nicht, wirklich die Meinung und der Standpunkt derselben sei. [18])

Endlich ist das, was MÜHLENBRUCH S. 67 nach der Notariatsordnung als ausgemacht ansieht, dass nämlich die zwei Zeugen, welche der nicht in actu bellandi testirende Soldat zuziehen müsse, die Eigenschaft ordentlicher Testamentszeugen haben müssten, [19]) im wahren Sinne der Notariatsordnung ganz ausgemacht unrichtig. Denn da dieses Reichsgesez nichts neues einführen, sondern nur das bestehende Recht aufnehmen und darstellen wollte, so muss auch diese Frage nach Massgabe der damals geltenden Lehre beurteilt werden. Leztere ging aber, wie wir gesehen haben (S. 16), ganz allgemein davon aus, dass jene Zeugen nicht sowol Solennitäts-, als Beweiszeugen seien, und daher

---

18) Vgl. z. B. die oben (S. 22) angeführten Stellen von HARPPRECHT, CARPZOV, MEIER, BRUNNEMANN, ferner: STRYK: Us. modern. XXIX, 1. §. III, LAUTERBACH: Coll. theor.-pract. XXIX, 1. §. XVIII, SCHILTER: Praxis iur. Rom. Exerc. XXXVIII. §. 112, BERGER: Oecon. iur. Lib. II. tit. IV. th. 5. not. 3, HÖPFNER: Commentar §. 459, HOFACKER: Princip. iur. §. 1375, HAENEL: Diss. cit. p. 21, THIBAUT: System (8. Ausg.) §. 843, WENING-INGENHEIM: Lehrb. (5. Aufl. von FRITZ) §. 481 (Bd. III. S. 306), GÖSCHEN: Vorles. §. 897 a. E., PUCHTA: Pand. §. 466, SINTENIS: Pract. gem. Civilr. §. 170, KELLER: Pand. §. 499, MACKELDEY's Lehrb. 14. Ausg. von FRITZ. §. 645. Note b, HOLZSCHUHER: Theorie und Casuistik (3. Aufl.) Bd. II. S. 748, ARNDTS Pand. §. 487. — Auch die Praxis hat stets an dieser Ansicht festgehalten. Ich erwähne Urteile des Leipziger Schöppenstuhls vom Aug. 1627 und vom Sept. 1636 (bei CARPZOV l. c.) und des Chursächs. obersten Gerichtshofes vom Sommer 1645 (bei BERGER l. c.), endlich ein bei PUFENDORF: Observat. iur. univ. (Ed. alt. Cell. 1757). Obs. 102. (p. 282 sqq.) mitgeteiltes Urteil der hiesigen Facultät de publ. 9. Mai 1737, welches durch Urteil des obersten Gerichtes in Celle vom 27. Mai 1741 bestätigt wurde.

19) Dieser Ansicht schliessen sich an HOLZSCHUHER a. a. O. und nach dem dortigen Citate HEIMBACH in WEISKE's Rechtslexikon Bd. X. S. 806.

nur die Eigenschaft fähiger Beweiszeugen zu besizen brauchten, weshalb denn auch Frauenspersonen recht wohl zulässig seien.[20] Dies scheint auch stets die herrschende Ansicht geblieben zu sein,[21] und wir haben um so mehr Ursache daran festzuhalten, als man einem Soldaten im Felde doch kaum zumuten kann, erst noch zu prüfen, ob die von ihm zur Testamentserrichtung zugezogenen Personen auch wirklich alle Eigenschaften fähiger Testaments- und Solennitätszeugen haben, und als doch gewiss kein Grund vorliegt, einem im Kriege und auf dem Feldzuge begriffenen Soldaten das Testiren durch gänzlich zweck- und nuzlose Anforderungen rein formeller Art zu erschweren. Dass man das nicht gerade während eines Gefechtes errichtete Testament eines Soldaten nur dann gelten lässt, wenn der Testator zweien Personen ausdrücklich erklärt hat, dass er hiemit testiren wolle, und sie gebeten hat, ihm dafür Zeugschaft zu leisten, ist wohl gerechtfertigt und liegt im wohlverstandenen Interesse der Soldaten selbst; noch weiter aber zu gehen und auch noch an der Person der Zeugen zu mäkeln, wäre leere und, da sich der Soldat im Felde keineswegs in jedem Augenblicke rechtlichen Rat erholen kann, überdies ungerechte und schädliche Pedanterei.

Mit der Notariatsordnung ist die Geschichte des gemeinrechtlichen Soldatentestamentes keineswegs abgeschlossen; vielmehr beginnt gerade seit dem 16. Jahrhundert eine neue interessante Entwickelung, welche durch die damaligen Zeitverhältnisse sehr natürlich veranlasst werden

20) Vgl. ausser den schon früher (S. 16) hiefür angeführten Placentinus und Paulus de Castro auch noch Kling l. c. (S. oben S. 20) verb.: „Aut testatur in militia, non autem in tanta necessitate et hostium conflictu, — et iterum *non requiritur solemnitas*, sed valet testamentum utcunque fiat, modo duos testes ad hoc roget, *quibus probetur*". Es versteht sich von selbst, dass auch alle diejenigen dieser Ansicht beitreten mussten, welche, wie z. B. Iason und Sichard (S oben S. 20), in einer später nicht seltenen Weise von dem Gesichtspunkte ausgingen, dem in expeditione, aber nicht gerade im Gefechte testirenden miles seien zwar die solennitates iuris civilis, nicht aber die solennitates iuris gentium nachgelassen. Vgl. Hilliger in not. 20 ad Donelli comment. de iure civ. Lib. VI. cap. XXVIII.

21) S. Meier: Colleg. Argent. XXIX, 1. nr. 11, Lauterbach: Colleg. XXIX, 1. §. XVII. („in hoc *omnes consentire*, dicit Barry de success. L. I. tit. 5. nr. 1."); vgl. Hilliger l. c.

musste, und auf die ich, obwol dies an sich schon die Grenzen der gestellten Aufgabe überschreitet, wenigstens noch in Kürze hinweisen will.

Das Rittertum war gänzlich in Verfall geraten; an die Stelle der bisherigen auf dem Lehenswesen beruhenden Heeresverfassung, wonach der Kriegsdienst vorzugsweise Ritterdienst gewesen war, traten seit der Erfindung des Schiesspulvers mehr und mehr geworbene Truppen, und endlich hatte die aufblühende Philologie und Altertumsforschung gezeigt, dass das römische Recht bei seinen Bestimmungen zu Gunsten der milites durchaus nicht blos die Ritter, sondern alle Kriegsleute und Soldaten gemeint hatte, und man hatte sich zugleich gewöhnt, das Wort miles wieder in diesem seinem ursprünglichen Sinne zu gebrauchen. Unter dem Einflusse aller dieser Umstände musste man von selbst zu der Frage gelangen, ob die Testamentsprivilegien der milites auch auf die milites der neueren Zeit, auf jene geworbenen und ständigen Soldaten anwendbar seien. Es ist interessant zu beobachten, wie man sich dieser Frage gegenüber verhielt. Man konnte sich zwar nicht verhehlen, dass jene Privilegien bisher nur auf die Ritter angewendet worden seien, und dass auch die Notariatsordnung zunächst nur von solchen spreche, allein man sagte, da dieselben Gründe, welche den altrömischen Soldaten diese Privilegien verschafft hätten, auch für die modernen Soldaten sprächen, so müssten diesen auch die nämlichen rechtlichen Vorteile zu gute kommen. Mit der Notariatsordnung aber fand man sich in der Weise ab, dass man meinte, da es Pflicht der Soldaten sei, „ritterlich" zu fechten und sich „ritterlich" zu halten, und da man den Soldaten, wenn sie tapfer gekämpft hätten, das Lob erteile, sie seien tapfere „Rittersleute", da sie endlich mit diesem Worte auch zum Kampf ermuntert zu werden pflegten, so könne man immerhin den Ausdruck „Ritter" in der Notariatsordnung allenfalls auf sämmtliche Soldaten beziehen.[22]) Ob und inwieweit man selbst an die Triftigkeit

22) Vgl. z. B. Meier: Colleg. Argent. XXIX, 1. §. 3. II. Ich will zum Belege des im Texte gesagten einen Teil dieser Stelle hierhersezen: „Obiici potest alleg. Imp. Maximiliani Const., quae hoc privilegium ad eos solos coarctare videtur, qui sunt equestris ordinis. Verbum enim germanicum Ritter nihil aliud significare videtur, quam militem ordinis equestris sive equitem auratum. Resp. Imo cum militis proprium sit fortiter pugnare, Ritterlich fechten, fortiter agere, sich ritterlich halten, et cum fortiter pugnarunt, milites laudem ferunt, quod fortes sunt Rittersleut, quo etiam vocabulo solent ad pugnam excitari: possunt etiam in genere

dieser Begründung glaubte, mag dahin gestellt bleiben und ist auch von geringem Belange; genug man beruhigte sich damit, und jedenfalls war es schon am Ende des 16. Jahrhunderts ganz allgemeine und feststehende Ansicht, dass auch auf die damaligen geworbenen und Mietsoldaten das militärische Testamentsprivileg sich erstrecke. [23]) Später vergass man sogar, dass dies jemals anders oder fraglich gewesen, leitete es einfach aus dem römischen Rechte ab und fand es nun höchst seltsam und rätselhaft, dass die Notariatsordnung den Ausdruck „Ritter" und nicht das allgemeine und umfassende Wort „Kriegsleute" oder etwas dergl. gewält habe.

Anderseits wurde die Frage aufgeworfen, ob die damaligen Ritter (die equites aurati, wie man sie jezt vorzugsweise nannte), also z. B. die Ritter des goldenen Vliesses, die Rhodiser und Malteser, die deutschen Herren u. dgl., als solche an den militärischen Testamentsprivilegien Teil hätten. Für diese Frage fand man aber die einfache und genügende Antwort in der Hinweisung auf den Grundsaz, dass ja nicht alle milites, sondern nur milites in expeditionibus occupati ein privilegirtes Testament machen könnten. Folglich könnten diese Privilegien auch den Rittern blos dann zu statten kommen, wenn sie wirkliche Kriegsdienste leisteten und sich in expeditione befänden, oder m. a. W. wenn sie Soldaten und als solche auf einem Feldzuge seien. [24])

In Folge der Art und Weise, wie man die eben erörterten beiden Fragen beantwortete, war, wie man leicht sieht, das militärische Testamentsprivilegium ganz auf die Grundlage des richtig verstandenen römischen Rechtes gestellt. Aus einem Vorrechte des Ritterstandes,

---

honoris causa appellari Ritter". — S. ferner Rebhan: Paralipom. Meieriana. Decas V. Qu. 1, Stryk: Us. mod. XXIX, 1. §. I, Berger: Oecon. iur. Lib. II. tit. IV. th. 5. not. 3.

23) Vgl. Gaill: Pract. observ. (1586). Lib. II. obs. 118. nr. 1 und 2, Meier l. c., Carpzov: Iurispr. forens. P. III. Const. IV. def. 26. nr. 4, 5, Stryk l. c., Lauterbach: Colleg. XXIX, 1. §. XII u. a. Bei allen diesen Schriftstellern wird der im Texte ausgesprochene Saz als ganz allgemeine und unbestrittene, auch in der Praxis geltende Ansicht dargestellt, und als Anhänger derselben unter andern Gewährsmänner genannt, welche, wie z. B. Zasius und Sichard, bis in den Anfang des 16. Jahrh. hinaufreichen.

24) Vgl. Meier: Colleg. Argentor. XXIX, 1. §. 4. II., Stryk: Us. modern. XXIX, 1. § II, Lauterbach: Colleg. XXIX, 1. §. IV. Bei späteren ist auch diese Frage spurlos verschwunden.

wie es sich im ganzen Mittelalter dargestellt hatte, war es, wie zu JUSTINIAN's Zeiten, ein Gemeingut aller Soldaten und Kriegsleute geworden. Man irrt aber sehr, wenn man heutzutage ganz durchweg annimmt, dieser Rechtszustand sei eine gleich ursprüngliche und unmittelbare Folge der Reception des römischen Rechtes gewesen; er war vielmehr, wie gezeigt, erst das Ergebniss einer viel späteren und erst nach dem Ende des Mittelalters beginnenden neuen Entwickelung, welche allerdings durch die Thatsache der geschehenen Reception des römischen Rechtes sehr wesentlich angeregt, begünstigt und befördert wurde.

Eine weitere Frage, welche in Folge der neuen Gestaltung des Heerwesens sich erheben musste, war die, ob auch die in festen Standquartieren, Garnisonen und Winterquartieren liegenden Soldaten in privilegirter Form testiren könnten oder sich nach den Vorschriften des ius commune richten müssten. Diese Frage wurde ganz allgemein im lezteren Sinne entschieden; dergleichen milites limitanei, stationarii und praesidiarii könne man nicht als milites in expeditione occupati betrachten, und nur dann seien sie diesen ausnahmsweise gleich zu stellen, wenn jene ihre Standorte beständigen feindlichen Einbrüchen ausgesezt seien, oder wenn es dort an allen Rechtskundigen mangele. In expeditione occupatus sei nur der Soldat, der sich wirklich im Kriege und auf dem Feldzuge befinde.[25]) Späterhin entstand allerdings ein, wie es scheint, hauptsächlich durch CUJACII Consult. 49 angeregter Streit darüber, ob nicht im Sinne JUSTINIAN's auch Soldaten in der Garnison und in Winterquartieren (oder wenigstens in den lezteren) als milites in expeditione occupati angesehen werden müssten [26]), allein jene frühere Meinung ist doch selbst schon vom Standpunkte des Justi-

---

25) Vgl. GAILL: Pract. observ. Lib. II. Obs. 118. nr. 5, 6, 13; MEIER: Colleg. Arg. XXIX, 1. §. 3. I. 3, CARPZOV: Iurispr. forens. P. III. Const. IV. def. 28, 29, LAUTERBACH: Colleg. XXIX, 1. §. VI, VII, SCHILTER: Praxis iur. Rom. Exerc. XXXVIII. §. 112. Eine Reihe von Urteilen des Leipziger Schöppenstuhls, welche sich in diesem Sinne aussprechen, s. bei CARPZOV ll. cc.

26) Dafür ausser CUJACIUS und den bei MÜHLENBRUCH: Commentar XLII. S. 34. Anm. 85 angeführten z. B. auch noch BERGER: Oecon. iur. Lib. II. tit. IV. th. 5. not. 2 β., der, wie er dort sagt, diese Ansicht in einem eigenen Programm verteidigt hat.

nianischen Rechtes mit Recht die herrschende geblieben [27]), und auf dem Boden der Notariatsordnung hat man sie nie für zweifelhaft gehalten. [28])

So liesse sich nun durch Zurückgreifen auf die Literatur und Praxis der vergangenen Jahrhunderte leicht noch für viele andere einzelne das Soldatentestament betreffende Fragen eine sichere und praktisch angemessene Entscheidung gewinnen. Leider muss ich mir versagen, dies weiter zu verfolgen, da meine Absicht nicht auf eine umfassende dogmatische Darstellung des heutigen gemeinrechtlichen Soldatentestamentes, sondern nur auf einen Beitrag zur Geschichte desselben gerichtet ist, und nur so viel darf ich mir ohne allzugrosse Ueberschreitung der gesteckten Grenzen höchstens noch erlauben, dass ich die schon durch die bisher geführte Untersuchung erlangten Ergebnisse für die Dogmatik der Lehre hier schliesslich in kurzer Uebersicht zusammenfasse. Sie bestehen aber in folgenden Säzen:

1) Die militärischen Testamentsprivilegien erstrecken sich nach heutigem Recht auf sämmtliche, aber auch nur auf die wirklichen Soldaten.
2) Aber selbst diese können in privilegirter Form doch blos dann testiren, wenn sie sich während des Krieges auf dem Feldzuge oder in einer belagerten oder wenigstens von feindlichem Ueberfall ständlich bedrohten Stadt befinden. In der Garnison oder in Winterquartieren befindliche Soldaten müssen die Formen des ius commune beobachten.

---

27) S. Mühlenbruch: S. 33 ff. und die dort Anm. 84 angeführten, besonders Haenel: De test. mil. Diss. I. §. 13, und füge noch bei Höpfner: Commentar §. 453, Göschen: Vorles. §. 895, Puchta, Pand. §. 466, Arndts: Pand. §. 487 u. a.

28) Vgl. Berger l. c. not. 3 in fine, Höpfner a. a. O., Haenel l. c. — Doch nehmen einige wenige Juristen an (Ohne Grund nennt Mühlenbruch S. 43 diese Annahme eine häufige), dass wenigstens die in Winterquartieren stehenden Soldaten militärisch, d. h. mit Zuziehung nur zweier Zeugen testiren könnten, weil auch sie im Felddienst und nicht im Garnisonsdienste seien. So Pufendorf: Observ. iur. univ. Obs. 187. §. 4, Wening-Ingenheim: Lehrb. (5. Aufl.). §. 481 (Bd. III. S. 305) und unter den neuesten leider (nämlich mit Rücksicht auf die Praxis: leider) Holzschuher: Theorie u. Casuistik (3. Aufl.) II. S. 749. Wie lezterer zu Gunsten dieser Meinung auch Mühlenbruch S. 35 anführen kann, ist mir um so mehr unbegreiflich, als dieselbe gerade von Mühlenbruch S. 43 fg. bekämpft und treffend widerlegt wird.

3) Bei den auf dem Feldzuge u. s. w. begriffenen Soldaten ist weiter zu unterscheiden, ob sie ihr Testament während des Gefechtes, oder nicht im Gefecht errichten.
   a) Im ersten Falle genügt jede nachweisbar von dem Testator herrührende lezte Willenserklärung, einerlei, in welcher Weise und Form sie geäussert ist.
   b) Im zweiten Fall dagegen muss der Soldat, um die Ernstlichkeit seines Willens ausser Zweifel zu sezen, zur Testamentserrichtung wenigstens zwei Zeugen zuziehen und diese von seiner Absicht ausdrücklich in Kenntniss sezen. Im übrigen brauchen diese Zeugen aber keineswegs alle Eigenschaften fähiger Testaments- und Solennitätszeugen zu besizen, sondern es genügt, wenn sie die Eigenschaft gültiger Beweiszeugen haben.

Ich stehe am Ende des vorgesezten Weges. Bevor ich aber von dem geneigten Leser Abschied nehme, sei es mir gestattet, an die bisherige Darstellung noch einige dadurch hervorgerufene allgemeinere Betrachtungen zu knüpfen, ist es ja doch die vorzüglichste Aufgabe der Wissenschaft, nicht bei dem einzelnen und besonderen stehen zu bleiben, sondern dieses stets auch in seiner Beziehung zum ganzen und nach seiner allgemeinen Bedeutung ins Auge zu fassen.

Vor allem muss sich aber, wie mir dünkt, durch einen Blick auf die geführte geschichtliche Untersuchung die Wahrnehmung aufdrängen, wie es offenbar nur einem reinen Zufall zu verdanken ist, dass das Erforderniss zweier Zeugen bei Soldatentestamenten, die zwar auf dem Feldzug, aber nicht im Gefechte gemacht werden, aus dem mittelalterlichen Rechte bis in das heutige sich gerettet und erhalten hat. Denn wäre es nicht für zweckmässig erachtet worden, den Notarien in der Notariatsordnung zugleich eine Art von Lehrbuch in die Hand zu geben, und hätte nicht aus diesem, in der That ganz zufälligen Grunde der fragliche Rechtssaz in dem Reichsgesez Aufnahme und Erwähnung gefunden: er hätte sicherlich den Angriffen der französischen und niederländischen Juristen des 16. Jahrhunderts nicht lange widerstanden und schwerlich auch nur das genannte Jahrhundert überdauert. Sehr wahr-

scheinlich, dass bald sogar jede Erinnerung an sein einstmaliges Dasein aus der juristischen Literatur spurlos verschwunden sein würde. Diese Erwägungen, denke ich, dürften doch sehr geeignet sein, eine etwas andere Ansicht von dem Werte des Gesezesrechtes gegenüber dem blos auf der Auctorität der Wissenschaft und Praxis beruhenden Rechte zu erzeugen, als sie seit einem halben Jahrhundert nicht selten geäussert und zum Teil noch bis auf unsere Tage festgehalten worden ist. Man hat bei der ungünstigen Beurteilung der Gesezgebung ohne Zweifel immer nur an deren reformatorische und rechtsumgestaltende Thätigkeit gedacht, welche freilich zur Zeit, als dieses missgünstige Urteil entstand, zunächst in die Augen springen musste, und übersehen, was durch das vorliegende Beispiel ganz augenscheinlich gezeigt wird, dass ihr auch eine sehr bedeutende erhaltende und conservative Kraft innewohnt. Der Umstand aber, dass ohne die Notariatsordnung eine Rechtsänderung völlig zweifellos eingetreten wäre, wie denn seit dem 16. Jahrhundert in Folge des damals auch auf dem Felde der Rechtswissenschaft beginnenden kritischen und historischen Studiums gar mancher seitherige Rechtssaz aus niemals gestörtem und unvordenklichem Besizstande zu Gunsten anderer, zwar dem richtigen Sinne des Corpus iuris entsprechender, aber im modernen Europa nie zur Aufnahme gelangter Säze hat weichen müssen, — gerade dieser Umstand beweist seinerseits wieder recht schlagend, wie sehr gegenüber einem grossen geschlossenen Gesezeswerke gleich dem Corpus iuris das blose, nicht durch gesezgeberische Auctorität befestigte Gewohnheitsrecht sich im Nachteil befindet.

Zugleich sieht man weiter, dass eine Reihe von Instituten des heutigen Rechtes seit dem Mittelalter eine Geschichte gehabt haben, die nicht minder interessant und an Wandlungen reich ist, als die innere Entwickelung des Rechtes und seiner einzelnen Institute im Altertum, — eine Beobachtung, welche vielleicht dazu beitragen kann, auch dieser Seite der rechtsgeschichtlichen Forschungen eine etwas grössere Aufmerksamkeit zuzulenken, als ihr bis jezt ungeachtet des rühmlichen Vorganges mancher trefflichen Arbeiten zu Teil geworden ist. Es ist wahr, dass solche Forschungen aus Quellen schöpfen müssen, die bei weitem weniger anziehend sind, als diejenigen, die uns für die alte Rechtsgeschichte zu Gebote stehen; dies dürfte aber reichlich dadurch

aufgewogen und ausgeglichen werden, dass ihre Ergebnisse stets unmittelbaren Wert für das heutige Recht und die Praxis besizen, was von den blos auf die Zeit vor JUSTINIAN sich beschränkenden rechtsgeschichtlichen Arbeiten gar nicht immer und ungleich seltener gilt, als gewöhnlich angenommen wird.

Endlich und drittens aber möchte ein Blick auf die dargelegte Geschichte des gemeinrechtlichen Soldatentestamentes vielleicht auch schon im Stande sein, die Erkenntniss anzubahnen, dass die, obwol gegenwärtig ganz allgemein angenommene Ansicht von der Entstehung des Rechtes, wonach nur durch Gesezgebung und durch den Trieb bestehender allgemeiner Rechtsüberzeugung, allerhöchstens auch noch durch die Thätigkeit der Wissenschaft neues Recht soll erzeugt werden können, — dass diese Ansicht gegenüber den wirklichen geschichtlichen Thatsachen nicht haltbar ist. Irrtum und schiefe Auslegung war es, was den oben erwähnten Rechtssaz im Mittelalter hervorgerufen, ein bloser Zufall, was ihn bis auf unsere Zeit erhalten hat, und hätte dieser Zufall nicht obgewaltet, so wäre es wieder nicht veränderte allgemeine Rechtsüberzeugung (oder gar Volksüberzeugung) gewesen, nicht der Umstand, dass nun auf einmal jener alteingebürgerte Rechtssaz innerlich unangemessen und dem Rechtsgefühl widerstreitend erschienen wäre, sondern nur der Fortschritt der Philologie und Auslegungskunst, was sehr bald eine Rechtsänderung bewirkt haben würde. Man wende nicht ein, dass diese Beweisführung nicht stichhaltig sei, weil es sich dabei überall nur um Rechtsansichten, nicht um das Recht selbst handle; geltendes Recht sei auch im Mittelalter und troz Jahrhunderte langer schiefer Auffassung nur der richtig verstandene Inhalt des Corpus iuris gewesen, und eine wirkliche Rechtsänderung sei also in unserer Lehre in der That erst zufolge der Notariatsordnung eingetreten. Denn eine solche Unterscheidung zwischen dem eigentlich geltenden Rechte und der blosen jeweiligen Auffassung desselben darf in dieser Weise und Ausdehnung nach meinem Bedünken überhaupt gar nicht gemacht werden. Wirkliches, und zwar allein wirkliches und lebendiges Recht ist immer nur das, was als Recht sich im Leben bethätigt und in Uebung ist, und die Rechtsansicht wird zum Rechte, sobald es ihr gelingt, zur praktischen Anwendung durchzudringen. Von diesem, wie ich glaube,

allein realen und durch eine unbefangene, von keiner vorgefassten Meinung beirrte Betrachtung der Rechtsgeschichte gebotenen Standpunkte aus zeigen sich denn aber die möglichen Entstehungsgründe von Recht als eben so mannigfaltig und vielgestaltig, wie die bewegenden Ursachen aller anderen culturgeschichtlichen Erscheinungen. Irrtum und Missverständniss, der jeweilige Stand der Wissenschaft überhaupt und der Rechtswissenschaft insbesondere, die herrschenden philosophischen Ansichten, ja sogar absichtliche Verdrehung und Fälschung: das alles und noch vieles andere kann auf die Rechtsanwendung Einfluss haben und folglich zur Entstehung von Rechtssäzen führen. Gelingt es aber solchen Rechtssäzen, einerlei, wie und aus welchem Grunde sie ursprünglich entstanden sind, sich eine längere Zeit und, wie das in der Geschichte des gemeinen Rechtes so häufig vorkommt, vielleicht Jahrhunderte lang in der Uebung zu behaupten, so gehen sie allmählich in das allgemeine Rechtsbewusstsein über (also gerade umgekehrt, als gemeinhin angenommen wird: in den weitaus meisten Fällen wird nicht Recht durch eine vorausgehende Rechtsüberzeugung, sondern durch schon geltendes Recht erst eine entsprechende Rechtsüberzeugung geschaffen). Die Verhältnisse richten und gestalten sich danach, und wollte man nun plözlich, sei es, aus welchem Grunde immer, bei ihrer Beurteilung wieder abweichende Regeln zur Anwendung bringen, so würde dies als eine eben so schwere Verlezung des Rechtsgefühls empfunden werden, wie es vielleicht bei der ursprünglichen Einführung des langverjährten Rechtssazes mit diesem der Fall war. Hierin liegt meines Bedünkens die einzig ausreichende Rechtfertigung und der wahre Grund der Geltung des Gewohnheitsrechtes. Für die Praxis und namentlich die Praxis des gemeinen Rechtes folgt aber daraus die Regel, dass, will sie nicht Gefahr laufen, an Stelle des lebendigen längst erstorbenes Recht zu sezen, sie sich bei dem blosen, wenn auch noch so richtig gedeuteten und verstandenen Inhalte des Corpus iuris nicht beruhigen darf, sondern und vor allen Dingen stets auch auf die bisherige Rechtsübung und Anwendung Rücksicht nehmen muss. Zu diesem Ende sind aber gerade die vielverachteten Schriften der deutschen Juristen des 16., 17. und 18. Jahrhunderts und weiterhin die häufig noch geringer angesehenen Werke der Glossatoren und Commentatoren von ganz besonderer Wichtigkeit. Ich darf beifügen, dass unser hiesiges Spruchcollegium,

besonders in seiner jezigen Zusammensezung und unter der Leitung seines dermaligen Ordinarius stets von diesen richtigen Grundsäzen ausgegangen ist.

Und damit, hochverehrter Herr College, bin ich denn ganz von selbst wieder zu uns und zu Ihnen und zu dem äusseren Anlasse dieser kleinen Schrift zurückgekommen. Möge, wie sämmtliche Mitglieder unserer Facultät in ihren Ansichten über die Grundlagen richtiger Rechtsanwendung einträchtig zusammengehen, so auch das Band freundschaftlicher persönlicher Beziehungen unter ihnen nie locker werden und uns mit Ihnen, Sie mit uns noch lange und zu gedeihlichem Zusammenwirken vereinigen! Das gebe Gott!

Halle, Druck der Waisenhaus-Buchdruckerei.

Halle, Druck der Waisenhaus-Buchdruckerei.



